

法解釈学説と最高裁の判断形成

著者	藤田 宙靖
雑誌名	東北ローレビュー
巻	1
ページ	1-7
発行年	2014-03-31
URL	http://hdl.handle.net/10097/00127026

法解釈学説と最高裁の判断形成

東北大学名誉教授・元最高裁判事 藤田 宙靖

最高裁を退官して以来、法解釈学説は、最高裁の判断形成にどのような意味を持ち得るのかということについて、考え続けている。問題意識の出発点は、次のようなところにある。

— 多くの法解釈学者は、実定法の解釈に際して、自らの解釈、あるいは少なくとも法学者の行う解釈が最も正しい（少なくとも最も妥当な）ものだと考え、裁判所もまたそれに依った判決を行うべきものであると考えている。つまり、この考え方に従えば、学者が立てる法解釈学説は、最高裁の判断をも含めて、裁判所にとっての拠り所であり導きの星（少なくともそうあるべき）なのである。ところが、この前提は、実態とは相当に異なり、仮に「夢想」とまでは言わないにしても、学者の一方的な願望でしかないことが多い。

別著『最高裁回想録』で詳しく述べたように¹⁾、裁判実務とりわけ最高裁の判断にとっては、決して「学説まずありき」ではない。裁判官にとって最も重要なのは、「目の前に存在している具体的な紛争について最も適正な解決」を行うことなのであって、諸学説に甲乙を付け、そのいずれに従うべきかを決めることではない。元々、法解釈学者の立てる「学説」なるものは、その性質上自ずから、一定程度一般化された（それも時には外国における事例を想定した）ケースを前提として、普遍的に妥当するルールを示そうとす

1) 藤田宙靖『最高裁回想録』145頁を参照。

るものであって、裁判官の目の前に存在する現実の具体的紛争事実が、そこで想定されたいずれかの事案に含まれる筈であるという保障は全く無い。この意味において、「この問題については学説上A説、B説（あるいは折衷説）があるが、この判決において、最高裁はそのどちらに依ったのか？」というような問いを立てることは、（学者の自己満足ということを別にすれば）最高裁がその判決で何を判断したのかについて正確な理解をするために余り意味のあることとは言えず、時にはむしろ危険なことですらあり得る。

このことはまた、いわゆる「判例理論」についても妥当する。裁判判決は、基本的に、目の前にある個別的・具体的事件の事実関係を前提として、その紛争をどう解決するのが最も適正かという見地からなされる。従って、厳密に言えば、いわゆる「最高裁判例」についてもまた、一般論を展開しているように見えても、実はそれは、その事件の個別的な事実関係と切り離して理解することはできないのであって、その意味においては、いわゆる「法理判決」であっても、基本的には「事例判決」としての性質を備えるものであることを否定できない（このことを示す良い例が、「猿払事件大法廷判決」もまた事例判決である旨を指摘する、いわゆる「堀越事件判決」—最二小判平成24年12月7日判決・刑集66巻12号1337頁—における千葉勝美裁判官の補足意見である。千葉裁判官が元最高裁首席調査官であることにも鑑みるならば、この補足意見が意味するものは大きい）。こういう実態にあるからこそ、最高裁は、極めてしばしば、一般的な法理論を引き合いに出すことはせず、「本件における事実関係の下では、このように解すべきである」という、いわゆる「事例判決」を好んで行うのである（また、そうせざるを得ない）し、また、傍から見れば既に存在する判例のケースと同じような事例に見えるケースで、「上告人引用の当審判例は、本件とは事例を異にする」といういわゆる「事案異（コト）」の処理がなされることにもなる²⁾。ある判決によって

2) 参照、藤田宙靖「裁判とは何か？——最高裁の場合を中心として——」日本臨床麻酔学会誌 Vo.33No.7, 2013）993-994頁、藤田宙靖「最高裁判例とは何か？」横浜法学22巻3号等。この点については、なお、法学教室におけるインタビュー「藤田宙靖先生と最高裁」第2回（法教401号掲載予定）をも参照されたい。

最高裁が「判例変更」をしたのか否かという問い、そして又、そもそも「判例変更」とは何か、といったこともまた、常に上記のような事実を踏まえた上で考察されるのでなければならない³⁾。

いうまでも無く、法治主義の下、裁判官は、具体的紛争の「最も適正な解決」を目指すに当たり、まずは、法令の適用によってこれを行うことを義務付けられる。しかし、これまで様々の法解釈方法論が展開されて来たように、具体的な事件においてあるべき法令の解釈が何であるかは、そもそも理論的一義的に決まるものではない。裁判官の判断形成に決定的な意味を持つのは、結局のところ、(学者の立てる)法解釈学説でもなければ「判例」でもなく、詰まる所、各裁判官の「良識」なのである⁴⁾。そしてこのことは、とりわけ最高裁の判断において当てはまる。

我が国の最高裁は、裁判の専門家のみによって構成されているわけではない。裁判所法の定めるところによれば、最高裁判所の裁判官に任命される資格を持つのは、「識見の高い、法律の素養のある年齢40年以上の者」なのであって(同法41条1項)、長年裁判官や検察官あるいは弁護士等の法曹として務めて来たということも、その絶対的要件であるわけではない。現に最高裁では、長年にわたり、裁判実務経験を全く持たない行政官や大学教授からもまた最高裁判事に任命される例が続いているし、15人の裁判官のうちキャリアの裁判官が占める数は、その過半数に満たない(因みに、憲法72条2項に基づき、最高裁の裁判官の任命につき国民審査が行われるのも、最高裁の裁判官に求められているのが必ずしも裁判の専門家としての能力であるのではないことを裏書きしていると言えよう。国民一般が広く、このような側面における各裁判官の能力を判断することができる筈はないからである)。最高裁の裁判における判断形成は、“識見が高く法律の素養がある”ことを前提とするが必ずしも裁判の専門家ではない者も含めて、法律と関係する様々な分野の代表15人がそれぞれの良識を持ち寄り、新たに「究極の良識」を形成し

3) 上記横浜法学22巻3号掲載稿を参照。

4) 藤田『最高裁回想録』136-137頁参照。

て、それに基づき「当該の事案に対する最も適正な解決」を図ろうというもののなのである⁵⁾。

さてそこで、このように、最高裁も含めて裁判というものの判断形成が、基本的に個別事件の事実に対応して一つ一つなされるものであり、しかもその判断基準は“当該事案につき最も適正な紛争解決の在り方”であって、その具体的な判断の内容も個々の裁判官の「良識」に掛るというものであるとするならば、学者の立てる「法解釈学説」なるものは、そもそもそこで、果たしてまたどのような意義を持ち得るものであろうか？これがここで問われるべき問題である。

二 法解釈学説が裁判実務に関して基本的に無力であることは、行政法の分野では、しばしば顕著に示されて来た。例えば半世紀程前までは、「公法私法二元論」であるとか、「特別権力関係論」であるとか、果ては「行政行為の公定力論」といった「理論」が学説のみならず判決例においても威を振っていたような時代があったが、今日これらの「大理論」は既に見る影も無く衰退してしまったと言って良からう。それでも例えば、「行政行為が無効であるというためには、その瑕疵が重大であるのみならず明白であることを要する」といういわゆる「重大明白説」であるとか、「行政処分の取消訴訟において第三者が原告適格を有するのは、当該処分の根拠規範が、処分の名宛人のみではなく当該第三者そのものの利益をも保護する趣旨であると考えられる場合に限られる」といったいわゆる「根拠規範説」等々は、なお、いわゆる「通説」として学説・判決例上維持されているが、他方でその妥当根拠や通用範囲については、強力な異論が主張されている。ところで、上記に見たような過去の「大理論」の衰退は、法治主義の下におけるその理論的根拠の不明確さということもさることながら、実質的には、それらが実際の事案の解決に際して有する理論的有效性が疑われるようになったことによる面が大き

5) 参照、Tokiyasu Fujita “Der Stellenwert des Obersten Gerichtshofes in der Japanischen Verfassung”, Zeitschrift fuer Japanisches Recht, 13. Jg./ Vol. 13, Nr. 26, S. 181 ff. 参照、藤田『最高裁回想録』189頁。なお参照同書121-122頁、148-149頁等。

い。すなわち具体的な事例においてこういった「理論」の適用をすべきか否かの最終局面においては、しばしば、これらの理論からの一貫した帰結を維持して良いかが問題となり、結局のところ、原則に対して様々の修正が施された挙句の果て、究極的には「個別的具体的な事例において関連する諸利益の考量に基づき決するよりほかない」といった類の判断がなされるようなことにならざるを得ないからである。こういった経緯は、「目の前における具体的事案についての最も適正な解決」という判断基準に立つ裁判実務の本質に照らすならばいわば自明のことであって、そうした運命は、上に引いた古典的な学説についてのみにでなく、多かれ少なかれ、(いわゆる「判例法理」をも含めた意味での) 法解釈学説一般に関して容易に予測されるものである。例えば、第二次大戦後、いわゆる自由裁量論は「判例主導」で展開されて来たと行って良からうが「裁量権の逸脱・濫用」があったと認められるのは如何なる場合かにつき最高裁判例が到達したとされる「行政庁の判断が全く事実の根拠に基づかないと認められる場合であるか、あるいは、社会観念上著しく妥当を欠き法令によって与えられた裁量権の範囲を超えるものと認められる場合」などという基準は、それ自体としては何ら具体的な紛争解決に役立つ基準ではない。要するに、個別的事案の全てにおいてその解決基準として通用するような「理論」を確立するということは、ことの性質上不可能である(少なくとも不可能であるに近い) と言って良い。

こういった障壁をクリアーするために試みられるのが、具体的事実の詳細をつかみ、それに適合した紛争解決の在り方は何かを探ろうとする「事例研究」であって、「判例批評」ないし「判例評釈」の類がそれである。或いはまた、個別的法令の注釈書〈コンメンタール〉の類もある意味でここに加えることができよう。そして実際、この種の作業が最高裁の判断形成に際してそれなりの意味を持っていることは否定できない。例えば、調査官の報告書には、関連文献がリストアップされるが、取り分け当該上告事件の第一審・第二審判決に対する評釈の類やコンメンタールの類については、まずそこで取り上げられないことはない。前者は、まさに目の前の具体的事案についてど

う解決するかについての具体的な提言であるから、当然に検討されなければならないものであるし、また後者は、とりわけ特殊法の分野の新しい法令などでは、立法の背景等を知る上で、参考となることが多いからである。ただ、こういった作業に関しては、本当にそれが法解釈学者でなければできない作業であるのか、法解釈学の任務はこういった作業に尽きるのか、という、根本的な問題が存在する。前者の場合には、必ずしもその事案の全資料に接する機会を持たない学者が、全ての事実を十分に踏まえた判断をすることができるか、そういった意味で、本当に裁判官よりも優れた判断ができるのか否かが問題であり、後者の場合には、しばしば、立法に携わった行政官吏の書く解説書の方が、より正確な事実を伝えていられるのではないか、という問題が生じるからである。つまり、こういった問題について、下級審裁判官や行政官よりも、学者の方が、学者であるが故により正しい（或いは妥当な）判断をしているという保障は無いし、また、最高裁における判断形成が、そのような前提に立っているということも全く無い。そして、それはそれぞれが置かれている立場の違いからして、本来いわばやむを得ないことであるとも言えるのであって、そうであるとすれば、法解釈学者が勝負の場として選択すべき場がこういった場所なのかは、疑わしいと言わなければならないであろう⁶⁾。

では一体、法解釈学説は、どこにその存在意義を持つのであろうか？

三 この問題につき、現在のところ漠然とながら私が考えているのは、次のようなことである。

法解釈学説は、もはや裁判、取り分け最高裁における判断形成について、基本的に、その導きの糸ともなり得なければマニュアルとしての機能をも果たし得ない。しかしそれは、裁判官の「良識」を如何に適切な「法の言葉」で表現するかについて、重要な支えを与えるものとして機能し得る。これをより詳しく説明すれば、以下の通りである。

6) この点に関し、例えば、最高裁上席調査官（当時）の福田剛久氏の指摘（福田「裁判官から見た実務と学説」法律時報2007年79巻1号73頁）は重要である。

先に見たように、最高裁の判断形成過程は、様々な分野の「良識」を代表する15人の裁判官による「究極の良識」の形成を図る過程であるが、この「良識」は、その表現に際して、「法の言葉」で語られなければならない。この意味において、15人の最高裁裁判官にとって、法概念や法理論についての理解するということは、「究極の良識」を表現するために必要な共通言語を弁えるということなのであり、最高裁裁判官たるために最低限必要とされる「法律の素養のある」とはつまり、この共通言語が使えるということを意味する。ある言語を「使える」とは、個々の言葉の意味を知り、そのことによって他人の言おうとすることを理解し、それらを適切に組み合わせる自らの意を他に伝える方法を知り、そして何よりも、そういった手段によって他に伝えるべき十分な内容を持つということである。このそれぞれにおいて、どの程度の広さ、深さ、明確さを持つかによって、その表現が、他にどれだけの感銘を与え、影響を及ぼすかが大いに異なってくる。同じ日本語を用いながら、文豪あるいは大作家と称される人々が書く文章が庶民に与える感動と影響の度が凡人の場合と異なるのは、こここのところの違いによる。庶民は、文学や哲学が無くとも生きて行くことはできるが、しかし、優れた文学や哲学が人生の質を高めてくれることもまた、大いにあり得ることである。これと同様に、裁判官は、法解釈学説が無くとも、裁判をして行くことができる。15人の裁判官の中に行政法学者がいなくとも、最高裁は、行政事件について判断を下して行くことが、充分可能なのである。しかし、そこで用いられる「法の言葉」において（言葉を換えて言えば、判断が行われる「言語空間」において）、上記に述べたような意味においてより優れた表現を、学者の言説の中に見出すこともまた可能であろうし、そこに自らの判断の支えを見出すこともまた可能な筈である。学者は、このような裁判実務における自らの立ち位置を十分弁えた上で、その言語表現能力を磨くべきであろうし、また、裁判官は、このような表現に接することに努めることによって、その表現の質を上げることを図るべきである。

（ふじた　ときやす）